

A Evolução do Processo Licitatório no Ordenamento Jurídico Brasileiro e Expectativas na Tramitação do Projeto de Lei Nº 599/2013

Rita Tourinho*

Sumário

1. Introdução. 2. A Lei nº 8.666/1993: Expectativas Não Alcançadas. 3. A Lei nº 10.520/2002 e as Novas Perspectivas Depositadas nas Licitações Públicas. 4. O Regime Diferenciado de Contratação e a Maior Eficiência e Probidade dos Processos Licitatórios. 5. O Projeto de Lei nº 599/2013 e Novas Expectativas de Avanço. Referência

Palavras-chave: Licitações Públicas. Lei nº 8.666/1993. Não implementação dos princípios da eficiência e probidade administrativa. Evolução legislativa. Projeto de Lei nº 599/2013. Expectativas de avanços. Referências.

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988, ao destinar um capítulo voltado à Administração Pública, determinou, no *caput* do art. 37, a sua vinculação aos princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência. Entre as regras voltadas à implementação de tais princípios, estabeleceu, no inciso XXI do referido dispositivo legal, que:

ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Assim, em 21 de junho de 1993, foi publicada a Lei nº 8.666, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública. Tal diploma legal veio em substituição ao Decreto-Lei nº 2.300/1986, alvo de diversas críticas¹, surgindo com a promessa de

* Mestre em Direito Público pela UFPE. Membro do Ministério Público da Bahia. Professora de Direito Administrativo da UFBA.

¹ Entre as críticas feitas ao Decreto-Lei nº 2.300/1986, destacam-se: a aparente ilegalidade de alguns dispositivos; a facilidade que a norma oferecia para as contratações sob a alegação de notória especialização e demais contratações diretas; o permissivo legal de se utilizar critérios subjetivos de julgamento etc.

implementação dos princípios administrativos constitucionais, reproduzidos no art. 3º da lei. Existia também expectativa quanto à possibilidade do novo diploma legal evitar o cometimento de fraudes na formalização de contratos administrativos.

Passados mais de vinte anos, questiona-se a efetividade da Lei nº 8.666/1993 na implementação dos princípios administrativos, bem como na prevenção de fraudes nos processos licitatórios. Por certo que a evolução social, econômica e tecnológica também contribuiu para tornar a lei obsoleta, distanciando-se cada vez mais da realidade fática.

O presente trabalho parte da análise da Lei nº 8.666/1993, apresentando críticas a alguns dos seus dispositivos, buscando apresentar o quadro legal evolutivo da legislação quanto ao tema, baseando-se principalmente nos aspectos que contribuem com os princípios da eficiência e da moralidade, findando com a análise do Projeto de Lei nº 599/2013, que estabelece normas gerais de licitações e contratos administrativos no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

2. A Lei nº 8.666/1993: Expectativas Não Alcançadas

Da superficial análise da Lei nº 8.666/1993, pode-se facilmente apontar dispositivos que em nada contribuem para garantir a imparcialidade, a eficiência ou mesmo a moralidade dos processos licitatórios.

Inicialmente, deve-se mencionar a vinculação do processo licitatório, conduzido pela Lei nº 8.666/1993, ao princípio da legalidade no sentido estrito, estabelecido no art. 3º e confirmado pelo art. 4º, segundo o qual:

Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Desta forma, a lei prestigia a supremacia do princípio da legalidade perante outros, a exemplo do princípio da eficiência. Por conseguinte, não prevê o saneamento de falhas em documentos apresentados nem tampouco o diálogo com o licitante vencedor, no sentido de adequar sua proposta às expectativas mais próximas das constantes do edital. Naturalmente que tal postura contraria o princípio da eficiência e cria ambiente fértil para o cometimento de fraudes, inclusive decorrentes de acordos espúrios entre licitantes e a comissão de licitação.

Mencione-se também o art. 7º c/c art. 9º, I, da Lei. O art. 7º traz os requisitos necessários à abertura do processo licitatório para licitações referentes a obras e serviços, entre os quais se tem o *projeto básico*. Por sua vez, o art. 9º determina que não poderá participar da execução de obra ou serviço o responsável pela elaboração do *projeto básico*.

No que concerne às obras, percebe-se, na prática, a dificuldade que possui a Administração Pública na elaboração de projetos básicos, concernentes àquelas mais complexas. Por certo que pode ser realizado processo licitatório, ou mesmo contratação direta por inexigibilidade de licitação, a depender da situação prática (art. 25, II), visando à contratação de empresa para apresentação de projeto básico e executivo. Ocorre que a ausência de orçamento, muitas vezes, torna tal possibilidade inviável.

Em consequência, é comum que projetos básicos e executivos sejam elaborados pela própria Administração Pública, com diversos erros, tanto de natureza quantitativa como qualitativa, levando a formalização posterior de diversos aditivos contratuais. Além disso, também não são incomuns fraudes praticadas por grandes empresas na “doação” de projetos básicos à Administração Pública, que os acolhe como produção própria, permitindo que tais empresas participem do processo licitatório, com burla ao art. 9º acima citado.

Ainda como ponto negativo da lei, tem-se as modalidades de licitação trazidas na Lei nº 8.666/1993, com objetivos comuns – concorrência, tomada de preço e convite – voltados à contratação de obras, serviços e fornecimentos. A escolha entre uma dessas modalidades em regra é feita em virtude do valor contratual. A Lei nº 8.666/1993 traz também o concurso e o leilão, que têm objetivos próprios e diferenciados. Tais modalidades de licitação estão previstas no art. 22 da lei.

Quanto à concorrência², modalidade para contratos de valores mais elevados e outros discriminados na lei – de acordo com o art. 23, incisos I e II, alínea c, e §3º –, mostra-se de tramitação morosa, considerando os prazos elevados entre a publicação do resumo do edital e a abertura do processo (30 dias para licitação do tipo menor preço e 45 dias no caso de melhor técnica ou técnica e preço), a fase de habilitação, precedendo a fase de classificação e a possibilidade de apresentação de recurso ao final de cada fase.

No que se refere à tomada de preço³, foi idealizada para garantir a tramitação mais célere do processo licitatório, uma vez que, além de menor prazo entre a publicação do edital e a abertura da licitação (15 dias para licitação do tipo menor preço e 30 dias no caso de melhor técnica ou técnica e preço), apenas podem participar os licitantes cadastrados ou aqueles que preencham os requisitos de participação em prazo de até 48 horas antes da data prevista para abertura do processo. Assim, em tese, a fase de habilitação seria mais rápida, já que a apresentação do Certificado de Registro Cadastral indicaria a satisfação prévia dos requisitos de habilitação. Porém, a celeridade imaginada não foi alcançada por dois motivos. A uma, porque a própria legislação abriu a possibilidade de licitantes não cadastrados participarem da licitação. A duas, porque a evolução tecnológica fez com que as certidões passassem a ter prazo de validade muito curto, não justificando o cadastramento, com objetivo de participação na tomada de preço.

² Modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

³ Modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

O convite⁴, por sua vez, apesar de ser destinado a contratos de valores mais baixos, abre portas para o cometimento de fraudes. Primeiro, porque não há edital e, sim, cartas-convite que são enviadas a, no mínimo, três interessados do ramo a que pertence o objeto do contrato, que são livremente escolhidos pelo administrador, entre empresas credenciadas ou não. Comentando tal modalidade de licitação, José dos Santos Carvalho Filho afirma que “o *modus procedendi* do convite, sem a menor dúvida, rende maior ensejo a atos de improbidade de alguns maus administradores. Por isso alguns órgãos têm exercido maior controle sobre essa modalidade, quando não a substituem pela tomada de preços, na qual a publicidade é mais ampla e menos dirigida”⁵.

A ausência de previsão legal da possibilidade de diálogo com o licitante vencedor, no sentido de baixar o valor da proposta apresentada, na licitação de menor preço, a aceitação exclusiva de propostas fechadas, a impossibilidade de saneamento de erros, são também pontos negativos constantes da Lei nº 8.666/1993, que afetam a eficiência do processo licitatório, criando ambiente fértil para o cometimento de fraudes.

Por fim, observa-se que, apesar de a Lei de Licitações ter trazido um capítulo sobre sanções administrativas (Capítulo IV), deixou de tipificar as infrações, limitando-se a estabelecer no art. 87 que “a inexecução total ou parcial do contrato” poderá ensejar a aplicação de uma das sanções elencadas no referido dispositivo. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández⁶, quando abordam os princípios de observância obrigatória no âmbito do direito administrativo sancionador, fazem referência ao princípio da legalidade, tipicidade, proporcionalidade, culpabilidade e presunção de inocência. Concorda-se com os autores quando afirmam que a falta da explicitação das infrações administrativas viola o princípio da segurança jurídica.

Por certo que estes são apenas alguns aspectos negativos da Lei nº 8.666/1993 que acabou por distancia-la, em diversas situações, dos princípios administrativos, fertilizando o terreno para cometimentos de fraudes.

Atualmente, encontra-se em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 559, já aprovado pelo Plenário do Senado, que trata de uma nova Lei de Licitações e Contratos. Referido projeto consolida regras já presentes em diferentes diplomas legais que tratam de licitações, a exemplo da Lei nº 10.520/2002 (Pregão) e da Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratação). Apesar de algumas mudanças propostas serem de eficiência duvidosa, por certo que a nova normativa apresentada traz consideráveis avanços, inclusive capazes de minimizar as fraudes que hoje são constantes nos processos licitatórios.

⁴ Modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 290.

⁶ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativoll*. Madrid: Civitas, 2000. p.176.

Pretende-se apresentar o quadro evolutivo das regras licitatórias que contribuem com a eficiência e o controle das contratações públicas, incorporadas no Projeto de Lei nº 559, bem como tantas outras inovações positivas ainda inéditas no nosso ordenamento.

3. A Lei nº 10.520/2002 e as Novas Perspectivas Depositadas nas Licitações Públicas

Em pouco tempo de vigência da Lei nº 8.666/1993, foi possível verificar que a mesma agarrava-se ao princípio da legalidade estrita, distanciando-se da eficiência e revelando incapacidade de evitar fraudes nos processos licitatórios.

Diante da impossibilidade material, por circunstâncias políticas, da imediata alteração da Lei nº 8.666/1993, a União passou a editar legislações específicas e diferenciadas, adotando nova modalidade de licitação – o pregão, esperando que a médio prazo todas as licitações se subordinassem ao novo modelo. Assim, as primeiras normas restringiam a aplicação do pregão ao âmbito federal. Posteriormente, foi generalizado para todas as órbitas federativas, com a publicação da Lei nº 10.520/2002. Marçal Justen Filho⁷, em obra específica sobre o tema, afirma que se pode esperar que a Lei nº 8.666/1993 torne-se diploma cuja única utilidade normativa seja a veiculação de princípios gerais.

Apesar de inegáveis avanços trazidos pelo novo modelo licitatório, cuja sistemática procedimental foi adotada por outras formas contratuais, como a Lei da Parceria Público-Privada (Lei nº 11.079/2004), a sua aplicação não se fez de forma imediata em todos os entes federados. A obrigatoriedade de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, restringe-se ao âmbito federal, em virtude do art. 4º, do Decreto nº 5.450/2005. Nas demais unidades federativas, que não tenham trazido tal previsão em norma expressa, persiste a autonomia da opção entre o pregão e outra modalidade licitatória prevista na Lei nº 8.666/1993. Percebe-se que muitos entes federativos, em diversas situações, optam pelas modalidades licitatórias constantes da Lei Geral de Licitações, mesmo quando a hipótese possibilita a utilização do pregão. Apesar da posição exposta por José dos Santos Carvalho Filho, segundo a qual “surgingo hipótese que admita o pregão, temos para nós que a faculdade praticamente desaparece, ou seja, o administrador deverá adotá-lo para atender ao fim público da lei. É o mínimo que se espera diante do princípio da razoabilidade”⁸. Cumpre ressaltar que não é como vem se comportando muitos municípios, cujas regras são silentes quanto à matéria.

Apesar de destinada exclusivamente à aquisição de bens e serviços comuns, cuja definição vem estabelecida no parágrafo único do art. 1º, da Lei nº 10.520/2002, foi estendida aos serviços de engenharia e hoje admite-se também a sua utilização para obras comuns. No âmbito federal, tal possibilidade decorre da redação constante do art. 6º, do Decreto nº 5.450/2005, de acordo com o qual “a licitação na modalidade

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão (Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico)*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 09.

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2016. p.320.

de pregão, na forma eletrônica, não se aplica às contratações de obras de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral.” Assim, entende-se que, em se tratando de obras, cabe a utilização do pregão presencial. Ressalte-se, no entanto, que no Estado da Bahia, por exemplo, o parágrafo único, do art. 108, da Lei nº 9.433/2005, proíbe expressamente a utilização do pregão às contratações de obras e serviços de engenharia.

Certamente, as novidades trazidas pela Lei nº 10.520/2002, além de promoverem maior celeridade ao processo licitatório, aproximam-no do princípio da eficiência e dificultam o cometimento de fraudes.

Entre as peculiaridades que implementam maior celeridade ao processo, tem-se o prazo mínimo de 8 (oito) dias úteis entre a publicação do resumo do edital e a apresentação de propostas. Também contribui para tornar a licitação mais célere a inversão das fases de habilitação e de julgamento. Conforme já abordado, pelo procedimento constante da Lei nº 8.666/1993, a fase de habilitação antecede a classificação, conferindo ensejo a diversos recursos, inclusive judiciais, muitas vezes interpostos com o único propósito de procrastinar o feito, consolidando contratos emergenciais. Na nova sistemática, somente serão analisados os documentos de habilitação relativos ao licitante vencedor, com isso simplifica-se o procedimento de verificação dos documentos. Caso haja a inabilitação do vencedor, analisar-se-á a documentação apresentada pelo segundo colocado, na ordem de classificação, e assim sucessivamente até que se encontre um licitante que atenda integralmente às condições de habilitação. Cite-se, ainda, a fase recursal única, estabelecida apenas ao final do processo (art. 4º, XVIII), que também contribui com a celeridade do feito.

A peculiaridade especial da modalidade pregão reside, sem dúvida, na adoção do princípio da oralidade na fase de classificação das propostas, com apresentação de lances orais e sucessivos, o que gera maior economicidade nas contratações, com estímulo à postura competitiva. No entanto, faz-se necessário cautela por parte do pregoeiro para excluir propostas inexecutáveis, que geram graves prejuízos à Administração Pública, principalmente nas contratações de serviços essenciais. Muitas vezes, empresas apresentam propostas de preço que não podem honrar, gerando a baixa qualidade do serviço prestado ou até mesmo a sua paralisação, com a inadimplência diante dos trabalhadores. No Estado da Bahia, visando minimizar tal problemática, foi editada a Lei Anticalote – Lei nº 12.949/2014 – prevendo, entre outras medidas, a retenção das parcelas mensais referentes a férias, 13º salário, INSS e multa do FGTS, protegendo os trabalhadores e os cofres públicos em conta bloqueada.

No que concerne à minimização das fraudes ocorridas em processos licitatórios, fruto de conluíus entre as empresas participantes, o pregão eletrônico cumpre esse papel, desde quando permite que licitantes participem da licitação sem necessidade de deslocamento ao local de realização da sessão pública. Ademais, diferente do pregão presencial, que somente admite a participação de alguns licitantes na fase de lances, o pregão eletrônico possibilita a participação de todos os licitantes, cujas propostas estejam compatíveis com o edital e a lei. Ampliando-se a competitividade, reduz-se a

possibilidade de ajustes entre os licitantes. Considere-se ainda como ponto positivo à redução de fraudes a manutenção do sigilo quanto à identidade dos licitantes até a finalização do processo. Neste sentido, Marçal Justen Filho pondera que:

O sigilo em relação aos demais licitantes visa, supõe-se, a eliminar o risco de conluio entre competidores, os potenciais competidores podem avençar um pacto para manter a disputa até certos limites, frustrando a competitividade. A dimensão dos riscos poderia ser ampliada pela disponibilidade de tecnologia de comunicação à distância. Com o sigilo acerca da identidade do autor do lance, restringe-se o risco de ocorrência de desvios dessa ordem⁹.

Muitas das novidades trazidas na Lei nº 10.520/2002 foram incorporadas por outros diplomas legais, a exemplo da Lei nº 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privada) e da Lei nº 11.196/2005, que alterou a Lei nº 8.789/1995 (Lei Geral das Concessões).

No que concerne à Lei de Parcerias Público-Privadas, deve-se salientar, como novidade que promove maior eficiência no processo licitatório, a fase de saneamento de falhas na habilitação e nas propostas apresentadas (art. 12, IV). Assim, evita-se a desclassificação de propostas vantajosas à Administração Pública por erros sanáveis, bem como a inabilitação de licitantes que apresentem documentação com imprecisões formais.

4. O Regime Diferenciado de Contratação e a Maior Eficiência e Probidade dos Processos Licitatórios

Diante da necessidade de agilizar as contratações voltadas à realização da Copa do Mundo e dos Jogos Olímpicos, muito em razão das pressões impostas pelos comitês organizadores, foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro o Regime Diferenciado de Contratação (RDC), através da Lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011, regulamentado pelo Decreto nº 7.581/2011.

Percebeu-se que eventos de tamanha proporção demandariam um conjunto de obras diferenciadas, de grande monta e com efetiva urgência, incompatíveis com o regime de contratação vigente no ordenamento jurídico até aquele momento.

O RDC surge a pretexto de conferir mais eficiência e celeridade aos processos licitatórios e contratos administrativos. Tem como grande mérito absorver regras licitatórias inovadoras trazidas pelo Pregão e pelas Parcerias Público-Privadas, além de normatizar entendimentos já consolidados nos Tribunais Superiores.

As inovações trazidas pelo RDC ensejaram, de início, discussão acerca da sua possível inconstitucionalidade. Assim, duas ações diretas de inconstitucionalidade foram propostas: uma protocolada pelos presidentes dos partidos políticos PSDB,

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão (Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico)*. São Paulo: Dialética, 2005. p.294.

DEM e PPS e a segunda pelo Procurador-Geral da República, ambas abordando a possível violação do princípio da transparência e a dificuldade do controle dos gastos do governo. Apesar de tal debate, é inegável que algumas das inovações trazidas pelo RDC contribuem para a eficiência dos processos licitatórios e das contratações públicas, como também para dificultar o cometimento de fraudes.

Estudos revelam a real redução do prazo necessário para realização do processo licitatório quando utilizado o RDC. Segundo o Diretor de Infraestrutura de Transporte do DNIT, o prazo médio das licitações realizadas por aquela Autarquia caiu de 285 para 118 dias, quando utilizado o RDC na modalidade presencial e para 43 dias, quando realizado na forma de pregão eletrônico¹⁰. O mesmo ocorreu na Infraero, cujo prazo médio das licitações naquela empresa caiu de 252 para 93 dias. A redução do prazo médio necessário para a realização do processo licitatório, com a minimização dos custos do processo, e a maximização da agilidade nas contratações contribuem na efetivação do princípio da eficiência.

Diante das experiências exitosas na utilização do RDC, houve a ampliação das hipóteses de sua aplicação, incluídas por leis posteriores. Assim, já passados a Copa do Mundo FIFA e os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos, atualmente o RDC pode ser aplicado às licitações e aos contratos com os seguintes objetos: ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo, ações no âmbito da segurança pública, obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística, contratos a que se refere o art. 47-A¹¹ da Lei e ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação. Por certo que poderá ocorrer a extensão do RDC a outros tipos de contratos, desde que legalmente autorizados.

A utilização do RDC é fruto da opção discricionária da Administração Pública, porém, uma vez utilizado, resulta no afastamento das normas contidas da Lei nº 8.666/1993, salvo nos casos expressamente previstos na Lei, como preconiza o §2º, do art. 1º da Lei.

Vanice Lírio do Valle¹² entende que é possível a aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/1993, quando o RDC não oferecer qualquer critério normativo de solução. Não se compartilha com tal interpretação que é desprovida de amparo legal e pode gerar questionamentos procrastinatórios no processo. Assim, a Lei nº 12.462/2011 é silente quanto à necessidade de audiências públicas precedendo contratações acima de 150 milhões, conforme consta do art. 39, da Lei nº 8.666/1993. Nesta situação, qual será a sistemática processual a ser adotada?

¹⁰ Afirmação feita em audiência pública realizada pela Comissão de Fiscalização Financeira e Controle, em conjunto com a Comissão de Viação e Transportes, ambas da Câmara dos Deputados, no dia 21/05/2013.

¹¹ Art. 47-A. A administração pública poderá firmar contratos de locação de bens móveis e imóveis, nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pela administração.

¹² VALLE, Vanice Lírio do. *Viabilidade Jurídica do Regime Diferenciado de Contratações: Sobre a Arte de Evitar que a Cauda Abane o Cachorro*. Fórum de Contratação e Gestão Pública (FCGP), ano 10, nº 117.

A Lei nº 12.462/2011 trouxe inovações que contribuem para eficiência do processo licitatório e tantos outros que dificultam o cometimento de fraudes, que inclusive estão incorporados ao Projeto de Lei nº 559/2013, a ser abordado no próximo tópico.

Nesta linha, cumpre de início destacar a previsão da contratação integrada, estabelecida no art. 9º da Lei, como regime de execução de obra e serviços de engenharia. Referida contratação compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto. Tal contratação foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro no âmbito da Petrobras, com o Decreto nº 2.745/1998. Assemelha-se à empreitada integral constante da Lei nº 8.666/1993, mas dela se distancia por uma característica essencial: a elaboração e desenvolvimento do projeto básico e executivo.

Sabe-se que pelas regras constantes da Lei nº 8.666/1993 os projetos básico e executivo são elaborados e desenvolvidos pela própria administração contratante, salvo algumas situações que permitem o desenvolvimento do projeto executivo concomitante à realização do empreendimento. Além disso, licitações podem ser instauradas visando à contratação de projetos. Ocorre que, muitas vezes, a Administração Pública carece de profissionais para elaboração de projetos mais complexos ou mesmo de recursos para a sua contratação. Talvez sejam esses os motivos que levam a pouca utilização da empreitada integral no âmbito da Lei Geral de Licitações.

Desta forma, diante da escassez de profissionais habilitados e ausência de orçamentos para contratação de projetos, muitas vezes estes são apresentados com erros qualitativos e quantitativos, gerando uma série de aditivos contratuais. Ora, tais aditivos, apesar de contarem com respaldo legal (art. 65, I, da Lei nº 8.666/1993) e serem muito frequentes nos contratos de obras e serviços de engenharia, por certo que dificultam o controle sobre os efetivos gastos realizados. São comuns obras finalizadas com valores muito acima dos previstos nos orçamentos iniciais.

Por outro lado, muitas empresas, para burlar a proibição contida no art. 9º, I, da Lei nº 8.666/1993, “presenteiam” a Administração Pública com projetos, que são literalmente “adotados” pelo Poder Público, o que lhes permite a participação no processo licitatório, com vantagens sobre as demais empresas, uma vez que já possuem amplo conhecimento do objeto licitado.

Desta forma, a contratação integrada apresenta-se com certas vantagens. A uma, a limitação das hipóteses de reequilíbrio, constantes do §4º, do art. 9º, da lei. A duas, possibilidade de projetos com metodologias mais avançadas. A três, o autor do projeto pode participar da licitação para execução da obra ou do serviço de engenharia, evitando-se algumas fraudes frequentes.

Assim, apenas está garantido legalmente ao contratado o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro nas hipóteses do §4º, do art. 9º, quais sejam, na ocorrência de caso fortuito ou força maior ou por necessidade de alteração do projeto

ou das especificações, a pedido da Administração Pública, para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação. Buscou-se acabar com os frequentes pleitos de reequilíbrios efetivados pelos contratados, que visam apenas aumentar suas margens de lucro sobre o contrato. No entanto, tal dispositivo não exclui a possibilidade, ou até mesmo necessidade, do edital trazer uma matriz de riscos, alocando-os ora ao contratado e ora ao contratante. Logo, podem-se estabelecer, como risco do Poder Público, eventuais alterações na legislação tributária com impacto no ajuste. A interpretação literal do disposto no referido §4º, do art. 9º, considerando-se ilegais quaisquer outros riscos atribuídos à Administração Pública, que não aqueles mencionados, por certo que inviabilizaria a contratação integrada. Acolhe-se o entendimento exposto por Ribeiro, Prado e Pinto Júnior¹³, segundo o qual a Lei nº 12.462/2011 garante a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro nas hipóteses dos incisos I e II, do §4º, do art. 9º, da lei, dependendo demais hipóteses de reequilíbrio de expressa previsão contratual.

A licitação realizada apenas com o anteprojeto possibilita a utilização de metodologias diferenciadas de execução, que serão adotadas após a formalização do contrato. Neste sentido, o edital deverá trazer procedimento para avaliação das alternativas apresentadas. Desta forma, abre-se possibilidade de a Administração escolher metodologia que lhe garanta maior funcionalidade, entre as apresentadas.

O desenvolvimento do projeto básico e executivo pelo contratado, além de propiciar maior eficiência na contratação, por certo evita que a Administração Pública aproprie-se de projetos ofertados por empresas que, posteriormente, participam da licitação para execução da obra constante do projeto, em afronta ao disposto no já mencionado art. 9º, I, da Lei nº 8.666/1993. Tal prática, além de ilegal, viola o princípio da isonomia, desde quando o autor do projeto conheceria antes e melhor do que os demais licitantes as informações para elaboração da proposta de preços, havendo possibilidade de identificar as melhores opções e de menor custo para execução da obra ou serviço de engenharia.

Por certo que o sucesso da contratação integrada dependerá da análise bastante detalhada pelo Poder Público do projeto básico e executivo desenvolvido, podendo para tanto contratar empresa especializada, além da necessidade de um acompanhamento bastante próximo da execução da obra.

Outro ponto de destaque trazido pela Lei nº 12.462/2011 é a realização da licitação preferencialmente na forma eletrônica, como consta do art. 13 da Lei. As licitações deverão ser realizadas sob o modo eletrônico, exceto quando existam circunstâncias que justifiquem a adoção do modo presencial. Por certo que a difusão da informática, com a dinâmica de comunicação via internet, acabou por influenciar na formalização eletrônica de atos administrativos.

A utilização do modo eletrônico para a licitação foi iniciada e desenvolvida no modelo do pregão eletrônico, razão pela qual dispõe o §2º, do art. 13, do Decreto 7.581/2011 que “as licitações sob a forma eletrônica poderão ser processadas por meio

¹³ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JÚNIOR, Mário Engler. *Regime Diferenciado de Contratação*. São Paulo: Atlas, 2012. p.67.

do sistema eletrônico utilizado para a modalidade pregão, de que trata o Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005". Porém, como bem afirma Marçal Justen Filho¹⁴, as licitações regidas pelo RDC apresentam diferenças que exigem adequação. Destaca a condução do processo pelo pregoeiro no pregão eletrônico, diferente do que ocorre no RDC, cuja condução é feita pela comissão licitatória, exigindo disciplina quando à interlocução dos seus membros, na adoção de decisões.

Entre as vantagens da licitação eletrônica tem-se a redução dos custos do processo, possibilidade de ampliação da competitividade e dificuldade de fraudes decorrentes de ajustes entre concorrentes.

Outra inovação importante trazida pelo RDC é a possibilidade de reinício da disputa aberta, após a definição da melhor proposta e para a fixação das demais colocações, sempre que existir uma diferença de pelo menos 10% (dez por cento) entre o melhor lance e o do licitante subsequente. É o chamado "lance intermediário", previsto no §1º, do art. 17, da Lei nº 12.462/2011, regulamentado pelo art. 20, do Decreto nº 7.581/2011. A utilização dos lances intermediários adquire grande relevância nas situações em que a proposta vencedora venha a não resultar na contratação, em virtude da sua desclassificação ou inabilitação. Ressalte-se que a regra da reabertura ocorrerá apenas uma vez, depois de definido o primeiro colocado e somente se a diferença entre o primeiro e o segundo colocados for igual ou superior a 10%. Há uma peculiaridade no que se refere a lances iguais. Estes serão classificados na ordem de apresentação (art. 21, §3º, do decreto nº 7.581/2011). A previsão dos lances intermediários permite a maior aproximação do segundo colocado à proposta vencedora, possibilitando uma maior economicidade na contratação, em caso de exclusão do vencedor do processo.

Inegavelmente o RDC trouxe inovações importantes e necessárias à otimização dos processos licitatórios, no entanto, as limitações à sua utilização fazem com que a Lei nº 8.666/1993, com todas as suas imperfeições, seja ainda a norma geral requisitada pelas administrações públicas contratantes.

Impõe-se a imediata adequação de todo e qualquer processo licitatório à evolução experimentada pelo Estado brasileiro, seja no aspecto jurídico, econômico ou tecnológico. Assim, alterações à lei nº 8.666/1993 ou criação de leis específicas para situações determinadas não são suficientes. Necessária se faz a quebra do regime constante do referido diploma legal, com a total inovação, o que só é possível através de nova legislação.

O Projeto de Lei nº 599/2013 pretende cumprir esse papel. Se, caso transformado em lei, teremos ou não uma maior eficiência nos processos de contratação pública e maior garantia da probidade na sua tramitação, só o tempo dirá.

5. O Projeto de Lei nº 599/2013 e Novas Expectativas de Avanço

Já tendo tramitado no Senado Federal, foi remetido à Câmara de Deputados o Projeto de Lei nº 559/2013, que estabelece normas gerais de licitações e contratos

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC*. São Paulo: Dialética, 2013. p.265.

administrativos no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O referido projeto também prevê a revogação das Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei das Licitações), nº 10.520, de 17 de julho de 2002 (que instituiu a modalidade de pregão nas licitações) e os arts. 1º a 47 da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 [Regime Diferenciado de Contratações (RDC)].

O projeto traz uma série de inovações, com acolhimento das exitosas regras constantes das Leis nº 10.520/2002 e nº 12.462/2011, já abordadas neste trabalho. Reformula dispositivos da Lei nº 8.666/1993, que se tornaram obsoletos pela evolução do tempo, pautada em novas tecnologias. Exclui dispositivos aparentemente implementados em sintonia com a legalidade, mas que logo se revelaram distanciados dos demais princípios administrativos.

Mantendo a perspectiva inicial, somente serão abordadas neste tópico mudanças inovadoras, que contribuam para garantia do princípio da eficiência do procedimento licitatório ou para o combate às fraudes.

No que concerne à busca da eficiência no processo licitatório, pode-se citar a introdução do “diálogo competitivo”, previsto no Projeto de Lei nº 559/2013, como modalidade de licitação “em que a administração pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento do diálogo” (art. 5º, XLI). Tal modalidade de licitação, já adotada em diversas legislações estrangeiras, pressupõe objetos tecnicamente complexos, cuja complexidade escape ao domínio comum de conhecimento dos órgãos ou entidades contratantes, seja sob o *aspecto técnico* ou de *estrutura financeira ou jurídica do projeto*.

O diálogo competitivo será processado como detalhado no §1º do art. 29, do referido projeto de lei. Assim, inicialmente o edital trará apenas as necessidades da Administração e as exigências já definidas. Passa-se à pré-qualificação dos licitantes, por meio de critérios estabelecidos no edital. Uma vez pré-qualificados, sucessivos diálogos são mantidos com os licitantes, não podendo ser divulgado a outros participantes do processo as soluções propostas. Identificando alternativa capaz de atender às suas necessidades, a Administração declarará a conclusão do diálogo, abrindo prazo, não inferior a 20 dias, para que os licitantes apresentem suas propostas finais, oportunidade em que divulgará para todos os critérios que definirão a proposta vencedora.

O diálogo competitivo apresenta nuances da contratação integrada, limitando-se a Administração a divulgar suas necessidades e exigências, sem apresentação de projeto básico, utilizando critério técnico para julgamento. Percebe-se que apresenta certo grau de informalidade e deverá ser realizada de forma muito transparente, para que não sirva de trampolim a direcionamentos, desvirtuando-se dos objetivos do processo.

Outro ponto que merece destaque é a inclusão, entre aqueles que estão impedidos de disputar a licitação e participar da execução do contrato, direta ou indiretamente, dos que possuem vínculo de natureza técnica, comercial, econômica,

financeira, trabalhista, civil ou parentesco até terceiro grau, com agentes públicos que desempenhem funções na licitação ou que atuem na fiscalização ou gestão do contrato. Apesar da Lei nº 8.666/1993 não dispor de dispositivo semelhante, o Tribunal de Contas da União vem se posicionando quanto à impossibilidade de contratação de empresa que tenha no seu quadro societário pessoas que possuam vínculo de parentesco com servidor do órgão licitante, senão vejamos:

A contratação pela Administração de empresas pertencentes a parentes de gestor público envolvido no processo caracteriza, diante do manifesto conflito de interesses, violação aos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade. A contratação pela Administração de empresas pertencentes a parentes de gestor público envolvido no processo caracteriza, diante do manifesto conflito de interesses, violação aos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade. Acórdão 1941/2013 – Plenário, TC 025.582/2011-9, relator Ministro José Múcio Monteiro, 24.7.2013.

A participação de empresa cujo sócio tenha vínculo de parentesco com servidor da entidade licitante afronta, por interpretação analógica, o disposto no art. 9º, inciso III, da Lei nº 8.666/1993. A alteração do contrato social no curso do certame não descaracteriza a irregularidade e constitui indício de simulação e fraude à licitação. Acórdão 1019/2013 – Plenário, TC 018.621/2009-7, Relator Ministro Benjamin Zymler, 24.4.2013.

Ainda nesta linha, pode-se citar o parágrafo 1º, do art. 44, do Projeto de Lei, que ao tratar da contratação de serviços estabelece que:

é vedada, ainda, em caso de terceirização, a contratação, por empresa prestadora de serviço terceirizado, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, de agente público que exerça cargo em comissão ou função de confiança, no órgão ou entidade contratante, devendo tal proibição constar expressamente nos editais de licitação.

Apesar do cunho moralizador da norma, não se sabe os motivos da exclusão dos servidores públicos efetivos. Saliente-se que tal dispositivo não incide no caso do parente do servidor já possuir vínculo empregatício com a empresa antes da contratação pelo ente público.

No campo da eficiência, destaca-se a redação do art. 54, do Projeto de Lei, o qual estabelece como critério de desempate entre empresas classificadas a “disputa

final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação". Tal critério poderá conduzir a uma maior economicidade da contratação, com estímulo à redução de preços.

Quanto à contratação direta, sabe-se que, muitas vezes, ela é fruto da negligência dos agentes públicos envolvidos, na formalização do processo licitatório em tempo hábil, ou decorre de propósito intencional (dolo) no sentido de direcionar a contratação. Nesta linha, o art. 66 do Projeto estabelece que "Na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis". Por certo que a omissão da Lei nº 8.666/1993, em responsabilizar conduta desta natureza, não impediu que diversas ações de improbidade administrativas, fundamentadas na Lei nº 8.429/1992, fossem propostas em face dos responsáveis por contratações diretas fraudulentas. Porém, é importante que a própria Lei de Licitações traga tal previsão, inclusive para garantir a responsabilização administrativa dos envolvidos, muitas vezes não efetivada em virtude do corporativismo ainda presente nos entes públicos.

O Projeto também traz inovações quanto aos requisitos necessários aos processos de contratações diretas, algumas delas já aplicadas anteriormente, em virtude de entendimento consolidado na jurisprudência quanto à matéria. Assim, o art. 65 ao estabelecer os documentos que devem acompanhar o processo de contratação direta, ampliou o rol de exigências constante do parágrafo único do art. 26, da Lei nº 8.666/1993, trazendo também como necessários: termo de referência, projeto completo ou projeto executivo; parecer técnico demonstrando o atendimento aos requisitos exigidos; comprovação de que o contratado preenche os requisitos de qualificação mínima necessária.

No que se refere à inexigibilidade de licitação, corretamente deslocou a hipótese de aquisição e locação de imóvel do rol de situações de dispensa para a inexigibilidade (art. 67, V). Ora, se as características de instalações e localização tornam necessária sua escolha, por certo, estar-se-á diante de situação de inviabilidade de licitação e não de ponderação entre a formalização ou não do processo licitatório.

Outra situação que chama atenção é a contratação de serviços técnicos especializados com profissionais ou empresas de notória especialização, constante do art. 67, III, do Projeto. Diferente da Lei nº 8.666/1993, não faz referência à singularidade do serviço, o que provavelmente ampliará a utilização da referida hipótese.

Andou bem o Projeto quando alterou os valores para a dispensa em virtude do pequeno valor do objeto, considerando os altos custos do processo licitatório (art. 68, I e II). Assim, obras e serviços de engenharia de valores inferiores a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), e compras e serviços com preços abaixo de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), podem ser contratados diretamente.

Chama atenção a ampliação do prazo da contratação emergencial de 180 (cento e oitenta) para 360 (trezentos e sessenta) dias (art. 68, VIII). Discorda-se da

mesma, uma vez que tal dispositivo muitas vezes vem sendo utilizado em razão do descaso dos agentes responsáveis pela instauração do processo licitatório. Ademais, trazendo o novo Projeto mecanismos para tornar a licitação mais célere, não se justifica a extensão do prazo da contratação emergencial.

Outro ponto que merece destaque no Projeto é o Título VII, que aborda as infrações e sanções administrativas.

Inicialmente, diferente da Lei nº 8.666/1993, o novo texto traz especificadas as infrações administrativas no art. 111. Sabe-se que o direito sancionador, da mesma forma que o direito penal, é manifestação do ordenamento jurídico punitivo do Estado. Assim, diversos são os autores que entendem aplicáveis às sanções administrativas os princípios gerais do direito penal. Nesse sentido, manifesta-se Marçal Justen Filho afirmando que “embora não seja possível confundir Direito Penal e Direito Administrativo (Repressivo), é inquestionável a proximidade dos fenômenos e institutos”¹⁵. Reportando-se ao art. 87, da Lei de Licitações, o autor aduz que:

[d]etermina-se que a inexecução dos deveres contratuais acarreta a imposição de sanção, a qual pode consistir em advertência, multa, suspensão do direito de licitar e declaração de inidoneidade. Até se pode determinar o conceito de “inadimplemento” ou “violação a deveres contratuais”, mas é inviável discriminar os casos de cabimento de cada espécie de sanção¹⁶.

Nos direitos italiano, francês, grego e espanhol aplica-se o princípio da reserva legal em matéria de infrações e sanções administrativas. Assim, os autores espanhóis Enterría e Ramon Fernández¹⁷, quando abordam os princípios de observância obrigatória no âmbito do direito administrativo sancionador, fazem referência ao princípio da legalidade, tipicidade, proporcionalidade, culpabilidade e presunção de inocência. Segundo os autores, a falta da explicitação das infrações administrativas viola o princípio da segurança jurídica.

É inegável que aqueles que firmam contratos com a Administração Pública têm direito de saber quais as específicas consequências dos seus atos. Obviamente que a falta de previsão legal quanto à tipicidade de infrações e a correspondente sanção acaba por possibilitar decisões diferenciadas em situações similares ou, o que é pior, a atuação com desvio de poder. O certo é que não cabe à Administração apontar o que é ou o que não é ilicitude.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética. 2010. p.882.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética. 2010. p.883.

¹⁷ ENTERRIA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativoll*. Madri: Civitas, 2000. p.176.

Saliente-se que o art. 112, ao estabelecer as sanções aplicáveis, especifica as infrações correspondentes às mesmas, reduzindo a discricionariedade do aplicador na escolha da penalidade a ser aplicada.

O Título VII prevê, ainda, a possibilidade de desconsideração da pessoa jurídica sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos na Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, à pessoa jurídica sucessora ou à empresa, do mesmo ramo, com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com o sancionado.

Por fim, deve-se salientar que sempre foi expectativa positiva para redução das fraudes nos processos licitatórios a exclusão da modalidade convite, cujas parcas formalidades exigidas na Lei nº 8.666/1993 fertiliza o solo para constantes direcionamentos.

O Projeto nº 599/2013 não exclui a referida modalidade licitatória, no entanto, garante maior publicidade ao processo, permitindo que propostas adicionais sejam apresentadas. Com efeito, determina o art. 27, III, que “a Administração divulgará, em sítio eletrônico oficial ou em outro meio apto a dar conhecimento ao público acerca da licitação, o interesse em obter propostas adicionais com a completa identificação do objeto pretendido, dispensando-se a publicação de edital”. Com o cumprimento de tal formalidade, ter-se-á, pelo menos, a possibilidade que terceiros interessados apresentem propostas, garantindo, ainda, um maior controle do processo.

Certamente muitos são e serão os debates em torno da nova lei de licitações, caso aprovado o Projeto de Lei nº 599/2013, sujeito, ainda, a modificações que poderão ser introduzidas na sua tramitação na Câmara de Deputados. Espera-se que interesses econômicos e políticos não se sobreponham à necessidade de implementação dos princípios administrativos nas contratações públicas.

A história revela que os maiores desvios de recursos públicos no nosso país ocorrem no âmbito dos contratos administrativos. Sabe-se, no entanto, que a simples alteração da norma legal, com a fixação de dispositivos voltados ao combate às fraudes, não será suficiente se desacompanhado do compromisso dos gestores públicos, envolvidos em tais processos, de atuarem de forma proba, impessoal, visando exclusivamente ao interesse público. Enquanto persistir o espírito individualista, conduzindo a atuação da Administração Pública, nova legislação será apenas um belo invólucro dourado, revestindo um fruto corroido pelo câncer da corrupção.

Referências

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2016.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo II*. Madri: Civitas, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão (Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico)*. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2010.

_____. *Comentários ao RDC*. São Paulo: Dialética, 2013.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JÚNIOR, Mário Engler. *Regime Diferenciado de Contratação*. São Paulo: Atlas, 2012. p.67.

VALLE, Vanice Lírio do. *Viabilidade Jurídica do Regime Diferenciado de Contratações: Sobre a Arte de Evitar que a Cauda Abane o Cachorro*. Fórum de Contratação e Gestão Pública (FCGP), ano 10, nº 117.